

University of Groningen

## De tijd verstrijkt De voortzetting van de voorlopige hechtenis ex art. 75 Sv

Stamhuis, E.F.

*Published in:*

Pet af : liber amicorum D.H. de Jong

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Stamhuis, E. F. (2007). De tijd verstrijkt De voortzetting van de voorlopige hechtenis ex art. 75 Sv. In B. F. Keulen, G. Knigge, & H. D. Wolswijk (editors), *Pet af : liber amicorum D.H. de Jong* (blz. 441-462). s.n..

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# De tijd verstrijkt

## De voortzetting van de voorlopige hechtenis ex art. 75 Sv

E.F. STAMHUIS<sup>o</sup>

### 1. Inleiding

De einduitspraak van de rechtbank markeert strafprocesueel het einde van het proces in eerste aanleg. Wanneer daarbij een vrijheidsstraf of een vrijheidsbenemende maatregel opgelegd wordt, blijft de veroordeelde die in voorlopige hechtenis zit, in de regel gedetineerd totdat hij het te executeren deel van die sanctie heeft uitgezeten. De zaak komt anders te liggen in het geval tegen de uitspraak hoger beroep ingesteld wordt. Door het rechtsmiddel wordt het vonnis niet onherroepelijk en uitvoerbaar. Toch wordt de verdachte vanzelfsprekend ook niet op vrije voeten gesteld. Van tenuitvoerlegging kan echter geen sprake zijn en dus wordt de voortdurende vrijheidsbeneming nog steeds als voorarrest beschouwd en ook als zodanig in de wet gefundeerd. Het voorlopige karakter brengt met zich mee, dat voor het tijdvak totdat een rechterlijke uitspraak wél onherroepelijk en dus uitvoerbaar wordt, de voorwaarden voor de vrijheidsbeneming na het instellen van het rechtsmiddel in grote lijnen overeenkomen met de regels voor de eerste aanleg. Dat is in het huidige Wetboek van Strafvordering vanaf 1926 lange tijd de benadering geweest.<sup>1</sup>

Iedereen die in Groningen de colleges over vrijheidsbenemende dwangmiddelen heeft gevolgd – of gegeven – weet, dat voor detentie in de procesfase na de eerste aanleg het Europees Verdrag voor de rechten van de mens een opmerkelijk andere lijn volgt dan het Wetboek van Strafvordering. Art. 5 lid 1 sub a EVRM geeft als uitzondering op de waarborg van de persoonlijke vrijheid: *the lawful detention of a person after conviction by a competent court*. Algemeen wordt aangenomen dat onder art. 5 EVRM een veroordeling in eerste aanleg de rechtsgrond voor de voortdurende vrijheidsbeneming vormt, ook als deze nog niet onherroepelijk is. Het Straats-

---

<sup>o</sup> Hoogleraar straf(proces)recht Open Universiteit Nederland.

<sup>1</sup> In de tekst van art. 75 Sv in 1926 werd volstaan met een aanwijzing van de bevoegde rechter en een verklaring dat deze de regeling voor de eerste aanleg overeenkomstig moest toepassen; zie A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces deel I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zn. 1925, p. 241.

burgse Hof heeft in zijn rechtspraak die lijn expliciet zo vastgesteld. Harteveld spreekt in dit verband van na-arrest in plaats van voorarrest.<sup>2</sup>

De discrepantie tussen de nationale en de EVRM benadering is in de voorbije jaren wel steeds verder verkleind. Het wetboek is voor de detentie in de appelfase op beide sporen gezet, zo blijkt uit de successievelijke wijzigingen van art. 75 Sv. Dat levert echter wel een toestand op, waarin aan enkele vraagstukken, die er al waren ten aanzien van deze regeling, een nieuwe spanning toegevoegd is. Het gewicht van de veroordeling in eerste aanleg is toegenomen, terwijl het oude uitgangspunt – de vrijheidsbeneming geldt als voorarrest – niet verlaten is. Daardoor is er een ambivalente benadering van het tijdsverloop in de wet te ontwaren. De bedoeling van deze bijdrage is enkele van die problemen te bespreken en een oplossing te suggereren voor de toepassing in de praktijk. Daarbij worden bepaalde relevante, maar zeker niet alle aspecten van de toepassing van art. 75 Sv successievelijk nagegaan. Het beoogt richt zich vooral op het verstrijken van de tijd in de fase van het hoger beroep en de cassatie, om welke reden de specifieke voorzieningen in verband met de toepassing van art. 66a en 72 lid 2 en lid 6 Sv<sup>3</sup> buiten het bestek vallen. Allereerst wordt bij bespreking van de eerste twee leden beknopt beschreven in welke fasen de ‘Europese gedachte’ van het na-arrest gepetretreerd is in de nationale regeling. Daarna komen de verschillende stadia van het strafproces na het instellen van hoger beroep aan de orde, met extra aandacht voor de periode, dat het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep loopt. Naast de focus op een praktische oplossing van gesignaleerde problemen wordt een suggestie tot verandering van de wet gedaan om het systeem iets meer in evenwicht te brengen. Onderweg wordt nog aangestipt (in paragraaf 3) op welke manier de voorgenomen wijziging van de regeling voor vervroegde invrijheidstelling gevolgen kan hebben voor het onderwerp van deze bijdrage.

## 2. Uitgangspunt voor vrijheidsbeneming in appel; lid 1 en 2

De stelselmatige benadering van het voorarrest in de appelfase blijkt allereerst uit de tekst van lid 1 en 2 van art. 75 Sv. In lid 1 worden de bepalingen, geschreven voor de eerste aanleg, van overeenkomstige toepassing verklaard voor het geval dat tegen het vonnis hoger beroep ingesteld is. De gevallen en gronden zijn voor de toepassing van preventieve hechtenis volop van toepassing, alleen is het nu een andere rechterlijke instantie, die tot beslissen bevoegd is. Het tweede lid eiste in wat nu de

<sup>2</sup> A.E. Harteveld e.a., *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 45-46, met verwijzing naar EHRM 27 juni 1968, *Wemhoff – Duitsland*, Series A Vol. 7 en EHRM 25 maart 1990, *B. tegen Oostenrijk*, Series A Vol. 175.

<sup>3</sup> Voortduren van het voorarrest in geval van termijnverzuim, nietigheid van de dagvaarding of onbevoegdverklaring van de rechter.

eerste volzin is, dat voor het vastnemen van een verdachte, die op vrije voeten was, nieuwe incriminerende informatie nodig was.<sup>4</sup> Een andere weging van de in eerste aanleg reeds aanwezige omstandigheden was onvoldoende.

De uitgangstelling van het wetboek was dus dat de voortdurende vrijheidsbeneming in de fase van het hoger beroep niet gefundeerd was op het vonnis in eerste aanleg. Van een volstreekte ontkoppeling kon evenwel ook niet gesproken worden. Op twee manieren bestond er namelijk nog wel een verbinding met de eerste aanleg. Door de overeenkomstige toepassing van de artikelen 67 tot en met 69 Sv gold ook voor de rechter in hoger beroep dat de duur van het voorarrest de verwachte vrijheidsbeneming na de uiteindelijke einduitspraak niet mocht overtreffen. Dat was nog een tamelijk zachte verbinding, aangezien de appelrechter geboden werd te anticiperen op de uitspraak *in hoger beroep*. Voor de uitkomst van het hoger beroep is het vonnis van de eerste aanleg niet meer dan een indicatie. Ook wanneer er alleen een strafmaatappel van de verdachte ligt, kan het nog steeds gebeuren dat de uiteindelijke straf ten nadele afwijkt van wat de rechtbank opgelegd had. Een bewezenverklaring voor een ernstiger delict of een andere beoordeling van de strafbepalende factoren, het zijn geen rariteiten. Dit gaat natuurlijk des te meer op wanneer het Openbaar Ministerie hoger beroep ingesteld heeft, juist met het doel om tot een hernieuwde beoordeling van de bewijsvraag en/of de sanctieoplegging te komen.

Strakker was (en is) de verbinding aan het vonnis van de eerste instantie in art. 75 lid 4. Deze voorziening is bij de maatregelen ter beperking van de duur van de voorlopige hechtenis van 1973 in de wet opgenomen. In dat artikellid wordt bepaald dat voor het tijdvak tot de aanvang van de appelzitting de vrijheidsbeneming niet langer mag zijn dan voortvloeit uit het vonnis in eerste aanleg. Op deze bepaling kom ik verderop nog terug. Voor nu is duidelijk op welke beperkte wijze de strafoplegging door de rechtbank tot voor kort in de appelfase betekenis had.

De eerste zichtbare vergroting van het belang van het vonnis in eerste aanleg vond plaats in het kader van de wetgeving, die volgde op de adviezen van de Commissie Moons. In het rapport 'Recht in vorm' had deze commissie onder meer voorstellen gedaan voor wijziging van de regeling van de voorlopige hechtenis,<sup>5</sup> welke door Van Dorst in grote lijnen met instemming begroet waren.<sup>6</sup> De Commissie Moons omarmde de redenering van art. 5 EVRM, dat voor de preventieve detentie de situatie in hoger beroep wezenlijk verschilt van de eerste aanleg, omdat er een veroor-

<sup>4</sup> W. Wedzinga, *Voorarrest*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 68.

<sup>5</sup> G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering* 1993, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 56-72.

<sup>6</sup> A.J.A. van Dorst, 'Commissie Moons en de voorlopige hechtenis', *DD* 1993, p. 887-903.

delend vonnis ligt.<sup>7</sup> De wetgever nam vervolgens veel van de voorstellen over door de verlengingsprocedure te wijzigen en reparatie van termijnverzuim mogelijk te maken.<sup>8</sup> In het licht van de bijzondere situatie na de eerste aanleg werd verlengingsprocedure in hoger beroep vereenvoudigd. Bij de parlementaire behandeling die leidde tot deze wetswijziging, kwam het kamerlid Dittrich met een amendement, dat voor mijn betoog het vermelden waard is. Ontijdige beëindiging van de voorlopige hechtenis doet afbreuk aan de geloofwaardigheid van de stafrechtspleging, aldus citeerde de regering met kennelijke instemming de Commissie Moons.<sup>9</sup> In dat kader achtte dhr. Dittrich het voor de nabestaanden onbegrijpelijk, wanneer een persoon die door de rechtbank voor moord tot vijftien jaar cel veroordeeld was, niet weer vastgenomen kon worden nadat hij vóór de afdoening in eerste aanleg door de raadkamer van de rechtbank in vrijheid gesteld was. Zelfs nadat hij door het hof tot achttien jaar veroordeeld was, zou hij nog in vrijheid de afloop van het ingestelde cassatieberoep kunnen afwachten. Art. 75 lid 2 Sv eiste voor hernieuwde vastneming immers een nieuw ernstig bezwaar, wat er in het geschetste geval niet zou zijn. Met zijn amendement beoogde Dittrich in deze gevallen de barrière voor toepassing van voorarrest te slechten. Hij stelde voor de volgende zinsnede aan art. 75 lid 2 Sv toe te voegen: ‘Onder ernstige bezwaren kan tevens een veroordelend vonnis in de vorige feitelijke aanleg worden begrepen.’<sup>10</sup>

De aanvaarding van het amendement en vervolgens van het wetsvoorstel in Tweede en Eerste Kamer kan worden geapprecieerd als een trek naar de gedachte van het na-arrest.<sup>11</sup> Het feit dat iemand door de rechtbank veroordeeld is, levert voor de appel- en cassatiefase toch een dragende grond op om de gevangenneming te bevelen. De tekst van de wet had evenwel een ruimer bereik dan het geval, dat door de voorsteller ter ondersteuning aangevoerd was.<sup>12</sup> Lid 2 van art. 75 eiste voor alle gevallen van gevangenneming vóór de appelzitting het alsnog blijken van ernstige be-

<sup>7</sup> Corstens 1993 (*supra* noot 5), p. 63-64.

<sup>8</sup> Wet van 22 april 1998, *Stb.* 1998, 250; zie de bespreking door J. de Hullu & W. Wedzinga, ‘Modernisering van de regeling van de voorlopige hechtenis’, *DD* 1995, p. 828-846.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 1994/95, 24 219, nr. 3, p. 1.

<sup>10</sup> Zie voor het amendement en de hier beschreven toelichting *Kamerstukken II* 1997/98, 24 219, nr. 16.

<sup>11</sup> De Hullu & Wedzinga 1995 (*supra* noot 8), p. 837, lazen in de kamerstukken al passages, die op ministeriële sympathie voor de gedachte van het na-arrest konden duiden.

<sup>12</sup> Eveneens ruimer dan de interpretatie van Wedzinga 1999 (*supra* noot 4), p. 69. Hij ziet in de invoering van het amendement Dittrich de grond van art. 67a lid 2 sub 1 Sv, zodat de veroordeling steeds een feit zou moeten betreffen waarop twaalf jaar of meer gesteld is. Deze opvatting lijkt steun te vinden in de wetsgeschiedenis, maar de tekst van de wet bevat die beperking niet. Beleidsmatig kan het hof natuurlijk wel de ernst van het feit waarvoor veroordeeld is van groot belang achten, maar dan zou eerder de ernst in concreto aan de orde zijn. Verder moet de tenlastelegging in appel natuurlijk een geval in de zin van art. 67 Sv opleveren.

zwaren en niet alleen voor de gevallen dat de verdachte al eerder voor hetzelfde feit gehecht geweest was.<sup>13</sup> Niettemin was het effect wel, dat zowel voor de eerste als voor de hernieuwde gevangenneming de drempel verlaagd werd, wanneer er een veroordelend vonnis lag. Voor de bepaling van de duur van de vrijheidsbeneming gold nog steeds de hierboven beschreven regeling van art. 75 lid 4 Sv. In afwachting van de zitting bij het hof mocht de verdachte niet langer in voorarrest zitten dan wat op basis van het vonnis in eerste aanleg de periode van vrijheidsontneming zou zijn.

De onderzoekers van het project Strafvordering 2001 rapporteerden in hun tweede interimrapport de bevindingen over het voorarrest.<sup>14</sup> Voor het onderwerp van deze bijdrage, de voorlopige hechtenis in het stadium na de eerste aanleg, kwam hun voorstel in hoofdlijn erop neer, dat voor deze fase aangesloten zou moeten worden bij de benadering van art. 5 EVRM.<sup>15</sup> Dat had in het betoog van de onderzoekers de volgende consequenties. De veroordeling tot vrijheidsbeneming in eerste aanleg biedt voldoende legitimatie voor het voorarrest gedurende de opvolgende procesfasen, mits de duur van de detentie op basis van dat vonnis uitgaat boven de periode die met de afloop van het geding gemoeid is. Zodra de dag aanbreekt, dat de veroordeelde vervroegd in vrijheid gesteld zou zijn, moet de voorlopige hechtenis worden opgeheven, ook als de zaak nog niet onherroepelijk beslist is. In de tussentijd is periodieke controle van de titel voor vrijheidsbeneming overbodig, aangezien het vonnis bij het verstrijken van de tijd niet verandert. Een verzoek tot opheffing van het voorarrest blijft in deze opzet gedurende de afwikkeling van de verschillende procesfasen mogelijk.

De voorgestelde gedachtegang werd door de regering overgenomen in het kader van een voorstel tot versoepeling van de regeling voor de voorlopige hechtenis, dat ook in andere opzichten op het werk van de genoemde onderzoekers geënt was.<sup>16</sup> In de toelichting erkent de minister dat er voor de voorlopige hechtenis een verschil gemaakt mag worden tussen de fase van de eerste aanleg en de periode daarna. 'Als de rechter de strafzaak integraal heeft beoordeeld, en een vrijheidsstraf of vrijheidsbenemende maatregel heeft opgelegd, is dat een sterke rechtsgrond voor voortzetting van de vrijheidsbeneming.'<sup>17</sup> Aan art. 75 lid 1, zo luidde het voorstel, zou de volgende zinsnede toegevoegd worden: 'Een op artikel 67 gegrond bevel kan ook

<sup>13</sup> Vgl. J.M. Reijntjes, in: Melai/Groenhuijsen, *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.) aant. 3 op art. 75 (suppl. 155, juni 2006).

<sup>14</sup> J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink, 'Voorarrest', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 589-670.

<sup>15</sup> Uit Beijerse & Simmelink 2001 (*supra* noot 14), p. 659-661.

<sup>16</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 253, nr. 1 en 2.

<sup>17</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 253, nr. 3, p. 9.

worden gegeven of verlengd op de grond dat in het bestreden vonnis een vrijheidsbenemende straf of maatregel is opgelegd van te minste even lange duur als de door verdachte in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd na verlenging.’ In de parlementaire behandeling krijgt dit voorstel vervolgens geen aandacht en het belandt dan ook ongeschonden in het Staatsblad.<sup>18</sup>

Op twee manieren figureert nu de veroordeling tot vrijheidsbeneming in eerste aanleg als grond voor voorlopige hechtenis in hoger beroep. Als zich een geval van art. 67 Sv voordoet kan een reeds lopende preventieve detentie op die grond verlengd worden en tevens kan op die grond een in vrijheid verkerende verdachte vóór of op de zitting in hechtenis genomen worden. In dat laatste geval is sprake van een bevel tot gevangenneming. De voor een bevel gevangenneming vóór de zitting vereiste ernstige bezwaren worden door het veroordelend vonnis geleverd. Gaat het om een verdachte waarop reeds eerder in het geding voorlopige hechtenis toegepast is, dan levert de veroordeling ook nog eens de benodigde *nieuwe* ernstige bezwaren op. Mij komt het voor dat in bepaalde gevallen het voorschrift van lid 2, laatste volzin, een merkwaardige rol krijgt toebedeeld. Is de verdachte door de rechtbank veroordeeld tot vrijheidsbeneming en bevindt hij zich op vrije voeten, dan kan (op initiatief bijvoorbeeld van een appellerend Openbaar Ministerie) de gevangenneming gebaseerd worden op het veroordelend vonnis. Dat vloeit voort uit lid 1. Het hof moet bij de toepassing van deze bevoegdheid toetsen of er ernstige bezwaren zijn (art. 67 lid 3 Sv) en die worden natuurlijk aangedragen door de feitelijke vaststellingen in het veroordelend vonnis. Wat de toegevoegde waarde ervan is, dat dan op grond van lid 2 datzelfde vonnis nog eens in de sfeer van de ernstige bezwaren uit de hoed moet komen, valt moeilijk in te zien. In de praktijk zou het wel eens zo kunnen zijn, dat na de laatste wetswijziging de betekenis van lid 2, tweede volzin, teruggebracht is tot de bedoeling die dhr. Dittrich er kennelijk mee had. Alleen voor een inbreuk op het beginsel *nemo debet bis vexari* is aanvullend bepaald, dat ook dan een veroordelend vonnis genoeg is.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> De minister achtte het niet langer verantwoord om de aanmaningen tot spoed, die krachtens art. 282 Sv golden voor de eerste aanleg, niet tevens op de tweede aanleg toepasselijk te laten zijn. Daarom werd dat artikel niet langer uitgezonderd van de overeenkomstige toepassing via art. 415 Sv. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 253, nr. 3, p. 10 en nr. 7, p. 9. Dat had echter meer met art. 6 (undue delay) dan met art. 5 EVRM van doen.

<sup>19</sup> Vgl. reeds de kritiek op art. 75 lid 2 Sv bij Th.W. van Veen & J.P. Balkema m.m.v. F.M. Noordam, *Voorarrest. Strafprocessuele en sociaalrechtelijke aspecten*, Alphen a/d Rijn: H.D. Tjeenk Wilink 1982, p. 74-75.

### 3. Verlenging in afwachting van de appelzitting; lid 3 en 4

De regeling van de fase tussen het instellen van het hoger beroep en de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting bij het hof is niet buitengewoon ingewikkeld. Daarom wordt die hier beknopt besproken. Tengevolge van de wijzigingen in de laatste tien jaren<sup>20</sup> geldt, dat bij een preventief gedetineerde verdachte het onderzoek ter zitting uiterlijk na honderdtachtig dagen moet beginnen, gerekend vanaf de datum van de uitspraak van het vonnis *a quo*. Deze periode wordt gevormd door de optelling van de zestig dagen van art. 66 lid 2 Sv bij de maximale duur die een bevel van de raadkamer van het hof kan hebben. Het hof mag namelijk vóór de zitting in één, twee of in drie slagen in het totaal ten hoogste honderdtwintig dagen voorlopige hechtenis bevelen. Dit volgt uit de tekst van lid 3, maar dat is niet het enige maximum dat telt. Op basis van lid 4 komt er nog de volgende norm bij. Het gevolg van de bevelen door de raadkamer mag niet zijn, dat de verdachte langer vastzit dan het geval was geweest, wanneer het vonnis van de rechtbank gewoon in kracht van gewijsde gegaan en geëxecuteerd was. Zoals al eerder gemeld is hier uitdrukkelijk vastgelegd, dat de vrijheidsbeneming gebonden is aan de uitkomst van de eerste aanleg. Overigens mag nog in herinnering geroepen worden dat het hof bij de beslissing over voortduring van het voorarrest ook nog moet anticiperen op de te verwachten uitkomst van het appelgeding. Dat bleek al in de vorige paragraaf.<sup>21</sup>

Tot de wet van 10 november 2004 bleef er enige onduidelijkheid bestaan over de vraag of de formele einddatum nu mét of zonder medeneming van de vervroegde invrijheidstelling berekend moest worden.<sup>22</sup> Bij de diverse hoven was dat wel al gebruikelijk. Thans is de tekst van lid 4 in dit opzicht niet meer voor tweërlei uitleg vatbaar. Door de expliciete verwijzing naar de tenuitvoerlegging is vastgelegd dat de fictieve VI-datum het eindpunt is.<sup>23</sup>

Nu valt het niet altijd mee de juiste datum voor vervroegde invrijheidstelling te berekenen. Met name kan complicerend zijn wanneer de verdachte meer vrijheidsstraffen dan alleen het beroepen vonnis op zijn conto heeft. Art 15 lid 5 Sr gaat immers uit van aansluitende tenuitvoerlegging en van één VI-datum, berekend op basis van het totaal. Op zichzelf valt dit nog wel te ondervangen door van het Open-

<sup>20</sup> Relevant zijn de Wet van 22 april 1998, *Stb.* 1998, 250; Wet van 10 mei 2000, *Stb.* 2000, 204, Wet van 10 november 2004, *Stb.* 2004, 578 en Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 24 (art. XLI, onderdeel A).

<sup>21</sup> Zie voor de gevolgen van het anticiperen op de oplegging van de ISD-maatregel Hof Leeuwarden 29 juli 2005, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2005, 300.

<sup>22</sup> Zie daarover onder meer J.M. Reijntjes, 'Voorlopige hechtenis en vervroegde invrijheidstelling', *Trema* 2003, p. 376-379.

<sup>23</sup> Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 253, nr. 3, p. 11: op verzoek van het OM wordt een uniforme verplichting opgenomen om van de fictieve VI-datum uit te gaan.



baar Ministerie een indicatie van de VI-datum te verlangen. Met Reijntjes kan echter ook het standpunt ingenomen worden, dat de raadkamer mag uitgaan van de eigen berekening enkel op basis van de tenuitvoerlegging van het vonnis waartegen appel ingesteld is.<sup>24</sup> Door de invrijheidstelling wordt immers niet de executie van de andere vonnissen of arresten gefrustreerd, maar slechts de aaneengesloten executie. Is in het concrete geval het belang van de verdachte/veroordeelde met een aaneengesloten tenuitvoerlegging gediend, dan kan van de kant van de verdediging ook nog een alternatieve fictieve VI-datum aangedragen worden, waarover het OM zich dan heeft uit te spreken. Het lijkt mij niet, dat de wet aan het hof verbiedt om met andere veroordelingen rekening te houden bij de toepassing van art. 74 lid 4 Sv.

Thans (juni 2007) is bij de senaat het wetsvoorstel aanhangig om de vervroegde invrijheidstelling om te bouwen tot de voorwaardelijke invrijheidstelling.<sup>25</sup> Daarbij is het niet de bedoeling om de bepaling van de datum van de VI met meer onzekerheid te omgeven dan voorheen. Het ongeclausuleerde recht op strafkorting vervalt doordat aan de VI altijd een algemene voorwaarde verbonden is (niet recidiveren) en mogelijk ook nog een of meer bijzondere voorwaarden, teneinde de gedetineerde mede verantwoordelijkheid te laten dragen voor zijn toekomst.<sup>26</sup> De mogelijkheden om de VI uit te stellen of achterwege te laten worden wel verruimd (zie art. 15d Sr in het voorstel). Het OM kan, al of niet op aangeven van de DJI,<sup>27</sup> een daartoe strekkende vordering doen bij de rechtbank, die in eerste aanleg het feit berecht heeft. Aan de toepassing van de VI-regeling op de voorlopige hechtenis ex art. 75 lid 4 Sv wil het voorstel niets veranderen.<sup>28</sup>

Gaat een en ander nu ook iets betekenen voor de toepassing van art. 75 lid 4 Sv? Wat betreft gevallen waarin het OM de fictieve VI-datum wil uitstellen of achterwege laten is er geen wezenlijke verandering te verwachten. Mocht het geval zich voordoen, dan is dat alleen relevant voor het hof, wanneer er een beslissing van de bevoegde rechtbank ligt. De vordering moet dertig dagen vóór het einde van de VI-datum ingediend worden, dus verrassingen zullen zich in dat opzicht niet voordoen. Uit de beslissing op de vordering, waartegen geen rechtsmiddel openstaat, is in alle gevallen de daadwerkelijke VI-datum kenbaar (art. 15f Sr in het voorstel) welke datum dan leidend is voor de raadkamer van het hof. Ten slotte en wellicht ten overvloede, de leden van de hoven moeten wel erop bedacht zijn, dat de VI bij inwerkingtreding van het voorstel niet meer altijd na tweederde van de straf wordt

<sup>24</sup> J.M. Reijntjes, in: Melai/Groenhuijsen, *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (los-bl.) aant. 8 bij art. 75 (suppl. 149, sept. 2005).

<sup>25</sup> *Kamerstukken I* 2006/07, 30 513, A.

<sup>26</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30 513, nr. 3, p. 2 en 6.

<sup>27</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30 513, nr. 3, p. 14.

<sup>28</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30 513, nr. 3, p. 21-22.

toegepast. Art 15 Sr zal van VI uitsluiten de straffen tot en met één jaar en de vonnissen (of arresten) waarin een gedeelte van de straf voorwaardelijk opgelegd is. Verder geldt de tweederde norm alleen voor straffen van meer dan twee jaren. Voor de straffen tussen de één en twee jaren geldt dat de VI komt wanneer één jaar detentie erop zit en van het restant eenderde uitgezeten is. De toepassing van aftrek van de tijd in voorlopige hechtenis doorgebracht vertoont geen relevante veranderingen.

#### **4. Voortdurende tijdens het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep**

In de vorige paragraaf is gebleken dat de toename van het gewicht van de veroordeling in eerste aanleg daar geen bijzonder probleem hoefde op te werpen. De duur van de vrijheidsbeneming op basis van het vonnis bepaalde immers al langer de grens voor de detentie in afwachting van de afdoening in appel. Echter, op grond van de wet markeert de aanvang van het onderzoek ter zitting voor het gerechtshof een omslagpunt. Vanaf dat moment lijkt de grens van het vonnis in eerste aanleg geen enkele betekenis meer te hebben en dat is op zijn minst merkwaardig. Merkwaardig omdat net vóór de zitting die grens wél doorslaggevend is en verder merkwaardig vanwege de algemene teneur in de regeling om te oriënteren op het vonnis in eerste aanleg.

Laten we de situatie na aanvang van het onderzoek ter zitting nader bekijken. Artikel 75 Sv regelt de fase van het zittingsonderzoek niet expliciet. Lid 4 gaat immers over de fase daaraan voorafgaand en lid 5 springt meteen over deze fase heen en regelt de periode na de uitspraak in hoogste feitelijke aanleg. We moeten ons richten op de voorschriften die in lid 1 van art. 75 Sv van overeenkomstige toepassing verklaard worden. Voor de periode na aanvang van het zittingsonderzoek in eerste aanleg is art. 66 lid 2 Sv geschreven en die bepaling is ook van toepassing voor de appelfase, zo volgt rechtstreeks uit art. 75 lid 1. Na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting blijft de titel voor de voorlopige hechtenis haar kracht houden tot zestig dagen na de einduitspraak. Voorwaarde voor deze verlengingsconstructie is wél, dat het bevel op het moment van de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting nog zijn geldigheid bezat of pas na de aanvang daarvan gegeven is. Kort gezegd, wanneer de verdachte op de eerste zittingsdag nog rechtsgeldig vastzit op grond van de toepassing van art. 75 lid 4 Sv, veroorzaakt de opening van het onderzoek ter zitting, dat hij blijft vastzitten tot zestig dagen na de finale uitspraak.

Men kan zich afvragen of deze stelling in zijn simpelheid wel juist is. Ten eerste gaat het voorschrift van art. 75 lid 5 Sv van een andere horizon uit. Het bevel tot voorlopige hechtenis houdt haar kracht totdat het arrest in kracht van gewijsde gaat. Dat gebeurt in het merendeel van de zaken wanneer de termijn voor het instellen van

cassatieberoep ongebruikt verstreken is; na veertien en niet na zestig dagen (art. 432 lid 1 Sv). Dan begint aansluitend de tenuitvoerlegging van de straf of maatregel.<sup>29</sup> Voorzover van belang wordt aan deze beperking op de toepassing van art. 66 lid 2 in de volgende paragraaf nog aandacht besteed. Nu staat een ander punt ter discussie.

Voor de fase van het onderzoek ter zitting staat nergens bepaald, dat er een grens is aan de totale tijd dat een verdachte op basis van het krachtens art. 66 lid 2 jo. 75 lid 1 Sv verlengde bevel van zijn vrijheid beroofd mag blijven. Met name is niet bepaald dat bij het verstrijken van de fictieve datum voor vervroegde invrijheidstelling de verdachte op vrije voeten gesteld moet worden. Gelet op de gemiddelde doorlooptijden bij de hoven is het heel gebruikelijk dat zaken afgedaan zijn binnen de tijd die de verdachte zou moeten zitten op basis van de in eerste aanleg opgelegde straf; met inachtneming van de vervroegde invrijheidstelling ex art. 15 Sr. Anderzijds is het geen zeldzaamheid dat de datum voor vervroegde invrijheidstelling uitkomt op een dag, waarop het hof nog niet tot een einduitspraak gekomen is. In het bijzonder bestaat daarop een grote kans, wanneer het onderzoek ter terechtzitting één of meerdere malen geschorst wordt. De praktijk is bijvoorbeeld in geval van schorsing ten behoeve van nader onderzoek door de rechter-commissaris, dat het zo maar een paar maanden duurt voordat de zaak verder behandeld kan worden. Het wachten op de nadere rapportage ten aanzien van de persoon van de verdachte kan ook maanden duren. Al die tijd wordt de detentietitel geleverd door de onderhavige verlengingsconstructie, zolang het onderzoek ter zitting nog niet formeel gesloten is. Daarbij maakt het niet uit of de opening van het onderzoek de gedaante heeft van een gewone zitting (waarop – al of niet van te voren gepland – beslist wordt dat geschorst moet worden), een regiezitting of een pro-forma zitting. In de systematiek van het wetboek gelden alle als de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting, waardoor de verlenging van de geldigheid van het lopende bevel bereikt wordt.

Wanneer bij het verstrijken van de tijd de vraag aan de orde komt, of het geen tijd wordt de verdachte in vrijheid te stellen vanwege het bereiken van de fictieve datum voor vervroegde invrijheidstelling, is de toestand rechtens de volgende. De fictieve VI-datum is in de fase dat het onderzoek ter terechtzitting nog niet gesloten is, niet doorslaggevend, noch voor de rechter in hoger beroep noch voor het Openbaar Ministerie, dat met de executie van het bevel tot voorlopige hechtenis belast is.<sup>30</sup> Op grond van de verlengingsconstructie, zoals zojuist beschreven, zit de verdachte

<sup>29</sup> Art. 26 aanhef en sub a Sr. Voor de TBS-wachtenden (voor zover tot kale TBS veroordeeld) is deze uitspraak meer een wenselijkheid dan een werkelijkheid. Dat valt echter buiten het bestek van deze bijdrage. Zie hierover E.R. Muller & P.C. Vegter (red.), *Detentie. Gevangen in Nederland*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2005, p. 214-215.

<sup>30</sup> G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 401.

rechtsgeldig vast, tenminste nog tot na de einduitspraak. De duur van de vrijheidsbeneming ná einduitspraak is vervolgens te bepalen met toepassing van de leden 5 en 6 van art. 75 Sv. Voor de appelrechter is wél maatgevend dat hij moet anticiperen op de te verwachten duur van de vrijheidsbeneming tengevolge van de uitspraak in appel. Art. 67a lid 3 Sv is immers van overeenkomstige toepassing. Als ernstig rekening ermee gehouden moet worden, dat de vrijheidsbeneming gedurende de uitgesmeerde fase van het onderzoek ter terechtzitting in duur de tenuitvoerlegging van de nog op te leggen straf zal overtreffen, moet het hof de voorlopige hechtenis opheffen. Hierboven werd al betoogd, dat voor de te verwachten straf het vonnis in eerste aanleg niet doorslaggevend is, maar wel een indicatie bevat. Dat geldt *a fortiori* wanneer alleen de verdachte appel ingesteld heeft en zijn beroep vooral op de strafmaat gericht is.<sup>31</sup> Het staat in die gevallen het OM dan ook vrij om, als consequentie van de beslissing om de strafmaat van de eerste instantie niet aan te vechten, zich te bezinnen op de te vorderen straf in hoger beroep. Is de prognose dat die vordering niet hoger zal uitkomen dan het vonnis in eerste aanleg, dan kan de advocaat-generaal in voorkomende gevallen de opheffing van de voorlopige hechtenis vorderen. In afwachting van een beslissing daartoe kan de verdachte reeds in vrijheid gesteld worden; art. 69 lid 3 jo. 75 lid 1 Sv.

Invrijheidstelling door de penitentiaire autoriteiten op een VI-datum, die berekend wordt op basis van het niet onherroepelijke vonnis in eerste aanleg, is in het perspectief van het voorgaande in strijd met de wet te noemen. Het komt niettemin in de praktijk wel eens voor, mede gelet op de verantwoordelijkheid van het hoofd van de inrichting ex art. 570 Sv. Soms is dit het gevolg van een passieve houding van procesactoren. Tussen twee onderdelen van het zittingsonderzoek verstrijkt de tijd en niemand heeft er aan gedacht na te denken over de voortzetting van het voorarrest. Voor zover contact opgenomen wordt met het verantwoordelijke ressortsparket kan daar ook alleen maar op basis van een inschatting van de uiteindelijke straf een standpunt bepaald worden. Er bestaat processueel geen andere ingang dan de vordering opheffing om het standpunt van de zittingskamer van het gerechtshof te vragen. Van de formele weg van de opheffing, zoals hierboven beschreven, is het onhandige punt dat de raadkamer van het hof en niet de zittingskamer geroepen wordt daarover te beslissen.<sup>32</sup> In elk geval formeel bevat het standpunt van de raadkamer niet de anticipatie van de zittingskamer op de te verwachten straf. Daadwer-

<sup>31</sup> Aan het overschrijden van de grens van de redelijke termijn ex art. 6 EVRM hoeft men hier nog niet meteen te denken. In de regel, maar niet altijd, wordt voor zaken met een gedetineerde verdachte wel voldoende spoed betracht om *undue delay* te voorkomen. Mocht dat mislukken, dan heeft dat een verlagend effect op de strafmaat en maakt de hier geschetste afweging alleen maar dringender.

<sup>32</sup> De beslissing mag door een enkelvoudige raadkamer van het hof genomen worden; HR 15 april 2003, *NJ* 2003, 432. Op de samenstelling van die raadkamer kom ik verderop terug.

kelijke opheffing van de voorlopige hechtenis overkomt als het ware de raadsheren die met de afdoening belast zijn. *De jure* is de invrijheidstelling op geen enkele wijze een beperking van de straftoemingsruimte van de zittingsrechter. *De facto* zal het voorkomen dat de beraadslagingen over de duur van een vrijheidsbenemende straf toch beïnvloed zijn, doordat er enige schroom bestaat om de veroordeelde opnieuw in detentie te laten nemen. In geval dat het hof nog een forse vrijheidsbeneming projecteert zal die schroom wel overwonnen worden<sup>33</sup>, maar juist wanneer aan een restant van enkele maanden gedacht wordt zal de invrijheidstelling van betekenis zijn voor de latere straftoemingsvrijheid.<sup>34</sup>

Er zijn twee processuele mechanismen om deze toestand van ongewisheid te voorkomen: een actieve opstelling van de verdediging en het hof bij de beoordeling van op de zitting ingediende opheffingsverzoeken en een expliciete standpuntbepaling bij de toepassing van art. 282 Sv. Deze twee zullen hier achtereenvolgens besproken worden.

Telkens wanneer het hof beslist tot schorsing van het onderzoek ter zitting, kan de verdediging een verzoek tot opheffing van de voorlopige hechtenis doen. Soms komen die verzoeken over als pro forma gedaan<sup>35</sup>, maar dat is zeker niet het geval, wanneer vóór de datum waarop het onderzoek ter zitting naar verwachting hervat zal worden de fictieve VI-datum verstreken is. Het is dan van groot belang om duidelijkheid te verkrijgen over de status van de detentietitel. Ook als zo een verzoek afgewezen wordt is het hof niettemin gedwongen geweest nog eens stil te staan bij het anticipatiegebod van art. 67a lid 3 Sv en daarover inzicht te verschaffen. Dat verschaffen van inzicht hoeft overigens niet begrepen te worden als een voortijdige vastlegging op een bepaalde straftoemeting. De formulering van art. 67a lid 3 Sv laat immers ook een afwijzing toe in termen, die nog ruimte laten voor de latere beraadslaging en beslissing. Het oordeel op het gegeven moment, dat nog niet redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de duur van het voorarrest de tenuitvoerlegging van de straf zal overtreffen, legt de zaak nog niet vast. Wel neemt het hof zodoende expliciet afstand van de fictieve VI-datum, hetgeen des te meer relevant is bij een OM-appel. Het verdient aanbeveling de overwegingen op dit punt in de afwijzende tussenuitspraak te vermelden, zodat er geen onduidelijkheid is in de bovenbeschreven zin. Deze manifestatie van overwegingen komt ter aanvulling op de voortgangscontrole die via art. 282 Sv mogelijk is.

<sup>33</sup> In die gevallen kan het hof bij de uitspraak de gevangenneming van de verdachte bevelen. Zie HR 2 december 2003, NJ 2004, 142.

<sup>34</sup> Zie hierover Uit Beijerse & Simmelink 2001 (*supra* noot 14), p. 618, nt. 50; M.S. Groenhuijsen, 'Voorlopige hechtenis in de fase van het hoger beroep', DD 2004, p. 784.

<sup>35</sup> Men denke aan gevallen waarin een jarenlange vrijheidsstraf of onvoorwaardelijke TBS opgelegd is.

Art. 282 Sv kan worden beschouwd als het contragewicht van art. 66 lid 2 Sv. De verlengde geldigheid van de titel voor het voorarrest gaat gepaard met een strenge instructie aan de zittingsrechter om bij voorlopig gehechte verdachten extra op te passen met schorsingen van het zittingsonderzoek.<sup>36</sup> De aanmaning door de wetgever heeft de volgende gedaante. Schorsingen van het zittingsonderzoek mogen in beginsel niet langer duren dan één maand. Een langere periode is mogelijk, maar alleen wanneer klemmende redenen daartoe dwingen. De maximale schorsing is in alle gevallen drie maanden. Als klemmende reden is bijvoorbeeld aanvaardbaar dat het voltooiën van het nadere onderzoek of de rapportage niet op kortere termijn te verwachten is, of dat het zittingsrooster eerdere hervatting niet toelaat.<sup>37</sup> Sinds de invoering van de versoepelde verlengingsprocedure geldt deze aanmaning ook voor de appelrechter.<sup>38</sup> De leden van het hof hebben zich dus goed rekenschap te geven van de noodzaak om te schorsen, in het bijzonder voor een periode langer dan één maand, wanneer de verdachte in voorlopige hechtenis zit. Deze wettelijke voorziening kan aangewend worden om onzekerheid over het einde van de vrijheidsbeneming te voorkomen. Ook wanneer de verdediging niet om opheffing verzoekt, zou het goed zijn om bij de gronden voor de schorsingsbeslissing aan te geven, dat het hof gememoreerd heeft dat de fictieve VI-datum in de loop van de schorsingstermijn valt. Daaraan gekoppeld kan het hof dan zijn overwegingen geven, waarom het desondanks van oordeel is, dat de verdachte inderdaad in detentie moet blijven, tenminste totdat het onderzoek ter zitting hervat is.<sup>39</sup> Zo wordt in ieder geval onzekerheid voorkomen en bovendien bereikt het hof hiermee, dat het OM en de verdediging kennis dragen van het standpunt van het hof met de onderbouwing. Dat ondervangt ten slotte een tussentijds opheffingsverzoek met bijbehorende raadkamerprocedure, althans een verzoek dat op het naderen van de fictieve VI-datum ge-

<sup>36</sup> De invoering van deze voorziening per 1 januari 1974 hing samen met het maximeren van de duur van de gevangenhouding en het dientengevolge relevant worden van de verlenging na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting; zie Corstens 2005 (*supra* noot 30), p. 600, en J.P. Balkema, *De duur van de voorlopige hechtenis*, Alphen a/d Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979, p. 57-62.

<sup>37</sup> Oorspronkelijk eiste de wet dat de klemmende redenen in het proces-verbaal van de terechtzitting vermeld werden. Wanneer dat achterwege gelaten was, moest worden aangenomen dat de klemmende redenen ontbraken. Daardoor liep volgens vaste rechtspraak de voorlopige hechtenis na een maand ten einde en moest de verdachte in vrijheid gesteld worden. Zie voor deze rechtspraak E.F. Stamhuis, *Vormvoorschriften. Een overzicht van rechtspraak*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 29-30. De Commissie Moons stelde in haar rapport 'Recht in vorm' voor om de eis van de klemmende redenen wel te handhaven, maar de verplichting tot vastlegging in het proces-verbaal te schrappen. Zie Corstens 1993 (*supra* noot 5), p. 68. De wetgever volgde deze gedachtegang. Zie *Kamerstukken II* 1994/95, 24 219, nr. 3, p. 8, leidende tot de Wet van 15 mei 1998, *Stb.* 250.

<sup>38</sup> Wet van 10 november 2004, *Stb.* 2004, 578, inwerkingtreding 1 januari 2005.

<sup>39</sup> Zodoende krijgt de aanmaning van art. 282 Sv iets van de functie die Balkema al bepleitte: naast een zorgvuldige afweging van het onderzoeksbelang ook een controle op de noodzaak van voortdurende preventieve hechtenis; Balkema 1979 (*supra* noot 36), p. 94 en 106.

grond is, met het door Groenhuijsen aangestipte risico dat de raadkamer zelfstandig gaat antiperen op de afdoening.<sup>40</sup>

Deze stand van zaken komt niet bijzonder uitgebalanceerd over en roept verschillende vragen op. Waarom is de aanvang van de zitting zo een cruciaal omslagpunt ten opzichte van de dag ervoor? Waarom houdt de betrekking op de eerste aanleg in de fase van het zittingsonderzoek ineens op? Op de eerste vraag kan een deel van het antwoord gevonden worden in de geschiedenis van de wetgeving, waarbij de onderhavige bepalingen ingevoerd werden. Balkema citeert uit de parlementaire behandeling passages die onderstrepen, dat na de aanvang van de zitting het debat over de voortdurend van de voorlopige hechtenis tenminste in het openbaar plaatsvindt, wat in raadkamer niet het geval is.<sup>41</sup> Dat argument telt ook voor de overgang tussen raadkamer en zittingskamer in hoger beroep. Daaraan kan in zijn algemeenheid worden toegevoegd, dat in de fase van de terechtzitting het dossier compleet is en zonder beperkingen ter kennis van de verdediging gesteld is, maar dat telt eigenlijk vooral voor de eerste aanleg. Bij de behandeling in hoger beroep legt dit argument weinig gewicht in de schaal, omdat in ieder geval de resultaten van het vooronderzoek al bij alle partijen bekend en beschikbaar geweest zijn tijdens de berechting in eerste aanleg. Ook de rechtszekerheid over de omvang van de vervolging, door Uit Beijerse en Simmelink aangevoerd, telt amper mee in de fase van het hoger beroep.<sup>42</sup> Reijntjes noemt nog dat de zittingsrechter met de afdoening belast is en tenminste de mogelijkheid heeft de zaak ten gronde af te doen.<sup>43</sup> Al met al is de onderbouwing van de tamelijk verstrekkende omslag niet al te royaal te noemen.

De tweede vraag in de vorige alinea ging over de relevantie van de oriëntatie op de eerste aanleg voor de fase van het onderzoek ter terechtzitting. Ter beantwoording van die vraag kan aangevoerd worden, dat zolang geen uitzondering gemaakt wordt de regel geldt. De regel is dat de appelrechter in alle opzichten vrij is om op basis van de eigen appreciatie tot een oordeel te komen over alle aspecten van de zaak en in verband daarmee zelf te beslissen over de preventieve detentie. Alleen voor de periode tot aan de terechtzitting is een uitzondering gemaakt op deze vrijheid. Daarna geldt dit niet meer. Een gebrekkige balans blijft niettemin het beeld bepalen. Wanneer de uitkomst van de eerste aanleg in het nadeel van de verdachte in het geding gebracht kan worden, voorziet de wet daarin expliciet. Ten voordele van de verdachte werkt het vonnis alleen voor de periode tot aan de opening van de terechtzitting.

---

<sup>40</sup> Zie Groenhuijsen 2004 (*supra* noot 34), p. 784.

<sup>41</sup> Balkema 1979 (*supra* noot 36), p. 58.

<sup>42</sup> Uit Beijerse en Simmelink 2001 (*supra* noot 14), p. 657.

<sup>43</sup> Reijntjes 2003 (*supra* noot 22), p. 378.

Dit doet de vraag rijzen of de ingezette lijn voor de preventieve hechtenis in hoger beroep – het vonnis van de eerste aanleg heeft grote betekenis – niet doorgetrokken kan worden zonder dat de straftoemeting van de appelrechter structureel aan banden gelegd wordt. De uitkomst van de eerste lijn *tout court* als bovengrens nemen zou het probleem wegnemen, maar een onwenselijke verandering van het appelstelsel teweegbrengen. De appelrechter zou dan alleen nog maar ten voordele mogen afwijken van de veroordeling in eerste aanleg, ongeacht zijn eigen bevindingen. In het kader van deze bijdrage zou ik echter niet willen pleiten voor integraal verbod, expliciet of verkapt, op verzwaring van de straf in appel.<sup>44</sup> Evenmin komt mij wenselijk voor een toestand waarin een hof dat een zwaardere straf wil opleggen dan in eerste aanleg – al of niet tengevolge van een ruimere bewezenverklaring – bij het verstrijken van de tijd al gauw met een in vrijheid gestelde verdachte te maken heeft. De inperking van de vrijheid van de appelrechter, met name om in min of meer geringe mate af te wijken van het vernietigde vonnis, lijkt mij de facto het onwenselijke gevolg. Daarom verdedig ik hier een andere, wellicht wat voorzichtiger benadering.

Het is het overwegen waard om de wettelijke toestand tijdens de loop van het onderzoek ter zitting om te keren. In plaats van het uitgangspunt dat in de zittingsfase de fictieve VI-datum niet relevant is, komt dan een tegengesteld principe. De fictieve VI-datum is voor het héle appelgeding doorslaggevend, tenzij de zittingsrechter expliciet oordeelt dat de preventieve hechtenis moet doorlopen. Dan wordt in ieder geval bereikt dat er zo weinig mogelijk onduidelijkheid is gedurende de periode(s) van schorsing van de zitting. Verder leidt dit ertoe, dat de zittingskamer van het hof in het geval van schorsing van het zittingsonderzoek naast de afweging van het onderzoeksbelang ook de controle op de preventieve hechtenis ter hand neemt. In de bestaande regeling is het zo, dat deze mogelijkheid om de detentie na de fictieve VI-datum voort te laten duren niet bestaat voor de raadkamer, die vóór de aanvang van de terechtzitting over het voorarrest oordeelt. In mijn voorstel zou dat zo moeten blijven. Deze beslissing is naar zijn aard zó verstrekkend, dat ze alleen in optimale procedurele inkadering genomen mag worden: openbaar debat, alle actoren present, de verdediging voorzien van rechtsbijstand, als beslissers daadwerkelijk degenen die later de zaak zullen afdoen en een inbedding van de relevante vraag in het grotere geheel van de totale berechting.

Ter zake van de verzoeken c.q. vorderingen tot schorsing of opheffing volgt hier nog een aanvullende opmerking. Bij de lijn van mijn betoog zou het uitstekend aan-

---

<sup>44</sup> Zie over het Duitse *Verschlechterungsverbot* E.F. Stamhuis, 'Het stelsel van gewone rechtsmiddelen', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 223-224.



sluiten wanneer dergelijke verzoeken of vorderingen, gedaan in de periode dat het onderzoek ter zitting geschorst is, behandeld en beoordeeld worden door de zittingskamer, al of niet optredend als raadkamer. Minder verstrekkend en wellicht makkelijker in te passen in de hofpraktijk zou het zijn, wanneer in deze gevallen de voorzitter van de zittingskamer als enkelvoudige raadkamer zou optreden of wanneer een meervoudige raadkamer zo veel mogelijk de zelfde samenstelling heeft als de zittingskamer.<sup>45</sup> Daarbij speelt op de achtergrond de volgende overweging nog een rol. Verzoeken om een korte detentieonderbreking lopen tegenwoordig niet via de toepassing van art. 80 Sv, maar via de mogelijkheden van art. 26 Penitentiaire Beginselenwet.<sup>46</sup> Een schorsing van de voorlopige hechtenis zal dus, evenals een opheffing, in dit scenario veelal leiden tot een invrijheidstelling die tot de volgende zittingsdatum geldt. Daarmee is de verwantschap gegeven met de afwegingen, die ik van de zittingskamer verwacht bij de beslissing om tijdens de schorsing van het onderzoek de detentie te laten voortduren tot na de fictieve VI-datum. Wat mij onwenselijk voorkomt is de situatie dat een (enkelvoudige) raadkamer, die helemaal los staat van de overwegingen van de zittingskamer, in wezen uitgelokt wordt de beslissing van de zittingskamer nog eens over te doen.

Met de invoering van de Wet Stroomlijnen hoger beroep in strafzaken<sup>47</sup> is beoogd het karakter van het hoger beroep verder te laten evolueren naar een voortbouwend appel, hetgeen onder meer betekent dat de partijen meer dan voorheen de omvang van het appelgeding bepalen met (hun bezwaren tegen het) vonnis in eerste aanleg als vertrekpunt.<sup>48</sup> Heeft dat ook nog nadere consequenties voor de mate waarin de voorlopige hechtenis afgestemd wordt op de strafoplegging in eerste aanleg, zo kan men vragen. Dat zou heel goed het geval kunnen zijn, maar de genoemde wet heeft die consequenties niet getrokken. De hierboven beschreven voortzetting van de preventieve hechtenis na de fictieve VI-datum zou men in die redenering kunnen beperken tot het geval dat uit de standpunten van partijen blijkt, dat zij op een hogere straf uit zijn, wat natuurlijk vooral geldt voor het OM-appel. Het vraagstuk dat in deze bijdrage behandeld wordt, het ten nadele van de verdachte afwijken van de fictieve VI-datum, is immers met name aan de orde in het geval het Openbaar Ministerie hoger beroep ingesteld heeft. Wanneer de verdachte appel instelt, is het beroep vrijwel nooit gericht op een ruimere bewezenverklaring of een sanctietoepassing die langere vrijheidsbeneming met zich mee brengt; de standaardsituaties waarin

---

<sup>45</sup> Naar verluid komt het in de praktijk voor dat zo gewerkt wordt.

<sup>46</sup> Zie Regeling tijdelijk verlaten van de inrichting; gewijzigd 12 mei 2006, *Stcrt.* 30 mei 2006, nr. 103, p. 10.

<sup>47</sup> Wet van 5 oktober 2006, *Stb.* 2006, 470; na 1 juli 2007 geheel in werking.

<sup>48</sup> Zie T. Blom, 'Grondslagen van het hoger beroep', in: P.G. Wiewel & R.E. de Winter (red.), *Stroomlijning van het hoger beroep in strafzaken*, Prinsengrachtreeks 2007/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 68 met verwijzingen naar de wetsgeschiedenis.

het hof tot een hogere straf zou kunnen komen. Niettemin kan het gevolg van de beraadslaging en beslissing in hoger beroep ook bij een appel van de verdachte heel best zijn, dat voor een zwaarder delict veroordeeld wordt. Dat geldt met name wanneer het hof in afwijking van de rechtbank komt tot een bewezenverklaring van een feit dat 'hoger' staat in een primair-subsidiair tenlastelegging. De thans geldende bepalingen laten die mogelijkheid nog steeds open. Om juist deze reden wordt hier dan ook niet verdedigd om de omkering van het uitgangspunt te beperken tot de gevallen dat de verdachte appel ingesteld heeft. In alle gevallen zou het beter zijn dat de appelrechter in de fase van de terechtzitting de beoordelingen maakt en expliciet verantwoordt zoals hierboven geschetst. Daarbij is het voor de hand liggend en ook volstrekt legitiem, wanneer het gegeven, dat het een appel van het OM betreft, robuust in de overweging meetelt. Uit de verplichte appelschriftuur (art. 410 lid 1 Sv) alsmede het standpunt van de AG ter zitting valt voldoende informatie hierover te halen.

De lijn die de onderzoekers van Strafvordering 2001 voorstelden, wordt hier doorgetrokken op een gedeeltelijk andere wijze dan door Groenhuijsen bepleit.<sup>49</sup> Hij stelde voor dat de rechter van de eerste aanleg in zijn vonnis een aanwijzing opneemt, wanneer hij van oordeel is, dat de strafoplegging niet zonder meer hoeft te voeren tot een invrijheidsstelling op de fictieve VI-datum. De raadkamer van het hof mag van het vonnis of de aanwijzing in beginsel niet afwijken. De gedachte dat het vonnis in eerste aanleg zoveel mogelijk de basis vormt voor de vrijheidsbenaming gedurende de appelfase onderschrijf ik wel, maar processueel wijkt mijn oplossing af. Deels zal dat voortkomen uit het feit, dat ik een ander probleem behandel. Waar Groenhuijsen ingaat op de situatie dat de raadkamer vóór de fictieve VI-datum al tot opheffing beslist, richt ik de blik op een procesfase die later volgt. Een grotere invloed van de rechter *a quo* (via een nadere aanwijzing) kan daarvoor geen oplossing zijn, omdat de kwestie juist nijpend is in de gevallen, dat het appel erop gericht is tot een zwaardere straf te komen. Voor die gevallen kán de rechter *a quo* geen aanwijzing geven. Zoals zojuist aangegeven acht ik het onwenselijk de appelrechter (formeel of materieel) te beperken bij de beraadslaging en beslissing op basis van het opnieuw uitgevoerde onderzoek van de zaak in volle omvang. Dat zou het appel te veel van zijn dubbelfunctie (toetsing van de eerste aanleg én het geven van een eigen oordeel over de zaak) beroven en materieel te veel bewegen in de richting van een *Verschlechterungsverbot*.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Groenhuijsen 2004 (*supra* noot 34), p. 788.

<sup>50</sup> Aanvullend merk ik nog op, dat ik voorshands twijfel aan de processuele logica van een dergelijke aanwijzing. De rechter zou in zijn vonnis een passage moeten opnemen, die pas relevant wordt als de verdachte inderdaad appel instelt. Bovendien zou de rechter daarbij zijn eigen sanctietoepassing als het ware moeten relativeren, door te zeggen dat de appelrechter er anders over zou kunnen denken en de verdachte dat oordeel in detentie moet afwachten. Of is

## 5. Voortduring van de detentie na afloop van het appelgeding

De voortduring van de voorlopige hechtenis gaat een nieuwe fase in na de sluiting van het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep. Wanneer geen beroep in cassatie aangetekend wordt, gaat de uitspraak van het hof na veertien dagen in kracht van gewijsde. Aansluitend vangt dan de tenuitvoerlegging aan en verliest het bevel tot voorlopige hechtenis zijn geldigheid; art. 75 lid 5 Sv. Daarmee is gelijk de grens gesteld aan de toepassing van art. 66 lid 2 Sv. Al in de vorige paragraaf werd vermeld, dat de periode van zestig dagen na sluiting van het onderzoek ter zitting, waarvan er in de regel op de uitspraakdag nog 46 resteren, aan de kant gezet wordt door de specifieke regeling van lid 5. Het zou netjes geweest zijn wanneer de tekst van de wet daarover helderheid verschaft had. Bijvoorbeeld zou in de tweede zin van lid 1 van art. 75 Sv de passage: ‘tenzij uit dit artikel anders blijkt’ niet misstaan hebben. Nu valt deze beperkte werking van de aangehaalde artikelen uit de eerste aanleg kennelijk onder de ‘overeenkomstige toepassing’. Erg lang hoeven we hier verder niet bij stil te staan aangezien nergens blijkt van problemen in dit opzicht.

Gevolg van het instellen van cassatieberoep is dat de uitspraak van het hof niet onherroepelijk wordt. Uit het vijfde lid volgt tevens dat dan de voorlopige hechtenis op basis van het laatst gegeven bevel door blijft lopen. Lid 6 en lid 8 van art. 75 Sv stellen daaraan vervolgens beperkingen, maar verder is er geen periodieke revisie voorgescreven.<sup>51</sup> Aangenomen wordt dat ook voor deze periode van vrijheidsbeneming de fictieve VI-datum, te berekenen op basis van de door het hof opgelegde sanctie, het eindpunt aangeeft. In de wet is dat niet erg helder neergelegd.<sup>52</sup> Art. 75 lid 6 Sv lijkt deze grens duidelijk af te kondigen, maar door de koppeling aan art. 72 Sv lijkt dit voorschrift enkel van toepassing op het hof dat de einduitspraak doet. In ieder geval wanneer het hof bij uitspraak vaststelt, dat de fictieve VI-datum reeds aangebroken is of valt binnen het tijdvak dat de voorlopige hechtenis nog voortduurt, moet bij uitspraak de voorlopige hechtenis opgeheven worden, onmiddellijk of op termijn. Aanvullend meen ik dat het onderhavige artikellid voor de hele periode dat de voorlopige hechtenis doorloopt op grond van het vorige lid, de grens van de VI aangeeft. Een aanknopingspunt voor deze gedachte levert de laatste zinsnede van lid 6. Doordat daar de voltooide tijd wordt gebruikt, valt het voorschrift ook heel

---

juist het tegendeel bedoeld: dat de verdachte dat oordeel in vrijheid mag afwachten? De rechtsvergelijkende voorbeelden laten deze vragen nog open. Verdere gedachtewisseling hierover is nodig, mede omdat Groenhuijsen zijn voorstel in een editorial deed en dus beknopt bleef.

<sup>51</sup> Zie voor commentaar daarop Reijntjes in: Melai/Groenhuijsen, *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.) aant. 5 bij art. 75 (suppl. 149, sept. 2005) met verdere verwijzingen.

<sup>52</sup> Aldus ook Reijntjes in: Melai/Groenhuijsen, *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.) aant. 9 bij art. 75 (suppl. 149, sept. 2005).

goed te lezen als bedoeld voor een moment later dan de uitspraakdag. Zo gelezen bevat het ook de instructie aan de raadkamer van het hof om hangende het cassatieberoep de VI als grens te nemen, hetgeen in de praktijk ook gebeurt.<sup>53</sup>

Soms kan het hof na het onderzoek ter zitting rechtens niet tot een sanctietoepassing komen. Wanneer er een algehele vrijspraak of een formele einduitspraak volgt, is dat logisch. De verdachte moet dan ook op vrije voeten gesteld worden; art. 72 jo. 75 lid 6 Sv, behoudens de wettelijke reparatiemogelijkheden, die hier verder niet aan de orde komen. Naast deze einduitspraken kent het wetboek ook nog de terugwijzing naar de rechter in eerste aanleg als uitspraak. Art. 423 lid 2 Sv noemt deze mogelijkheid.<sup>54</sup> Wat het karakter van deze uitspraak is, valt systematisch wat moeilijk te duiden. Enerzijds eindigt het appelgeding door deze uitspraak, anderzijds wordt de vervolging zonder onderbreking voortgezet voor de rechtbank. Juist vanwege dat laatste aspect zou het onlogisch zijn om bij de uitspraak tot terugwijzing steeds de voorlopige hechtenis op te heffen. Art. 75 Sv geeft voor dit geval geen regeling, hoewel dat wel wenselijk zou zijn. Vrijheidsontneming moet immers op een bij voorkeur expliciete wetsbepaling gebaseerd zijn.

Om een oplossing te zoeken binnen het systeem van de wet zijn er twee gevallen waaraan men de terugwijzing naar de rechtbank zou kunnen spiegelen: de verwijzing door de Hoge Raad na cassatie enerzijds en de verwijzing tussen de enkelvoudige en de meervoudige kamer in de zelfde aanleg anderzijds. Het ene geval reikt dan de oplossing aan, dat de voorlopige hechtenis voortduurt tot dertig dagen na de dag van de verwijzingsuitspraak, analoog aan art. 75 lid 8 Sv. In het andere geval lijkt de figuur van de schorsing van het onderzoek ter zitting te domineren<sup>55</sup> en dus geldt dat binnen één maand of eventueel, in geval van klemmende redenen, binnen drie maanden het onderzoek ter zitting voor de rechtbank hervat moet zijn; art. 282 Sv. Mijn voorkeur gaat uit naar de analogie met het tweede geval en wel om de re-

<sup>53</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 30 maart 2005, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2005, 274 en Hof Leeuwarden 15 juni 2005, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2005, 284, uit welke uitspraken blijkt dat de hoogste feitelijke rechter bij de berekening van de VI-datum ook anticipeert op de strafkorting die de HR toepast bij schendingen van de redelijke termijn.

<sup>54</sup> In de nieuwe tekst, van kracht sinds 1 maart 2007, is helaas nog steeds niet de jurisprudentiële uitbreiding van de gevallen opgenomen. Niet alleen wanneer de hoofdzaak door de rechtbank niet beslist is (tekst van de wet), maar ook wanneer de rechtbank ten onrechte de hoofdzaak heeft afgedaan, is de terugwijzing een optie. Zie Corstens 2005 (*supra* noot 30), p. 732. Wel is met de nieuwe tekst de oorspronkelijke uitzondering op de regel omgedraaid: alleen verwijzing wanneer partijen dat prefereren. Zie hierover P.G. Wiewel, 'Bevestigen, vernietigen of terugwijzen?', in: P.G. Wiewel & R.E. de Winter (red.) 2007 (*supra* noot), p. 122-126.

<sup>55</sup> De redactie van art. 369 lid 2 jo 377 lid 2 Sv is weliswaar iets minder duidelijk dan de tekst van art. 282a Sv. Niettemin is uit het samenstel van regels te concluderen dat de verwijzingen over en weer beide als schorsing van het onderzoek ter zitting beschouwd worden.

den, dat daardoor de zaak meteen weer in handen van de zittingsrechter gesteld wordt. Dan is de voortgangscontrole ingebed in de regels en aanmaningen voor het onderzoek ter terechtzitting. Bij de parallel met het eerste geval, de verwijzing door de Hoge Raad, is het immers niet voorgeschreven dat binnen dertig dagen het onderzoek ter zitting begint.<sup>56</sup> Het naderende verlopen van de detentietitel kan dan opgevangen worden door een raadkamerbeslissing tot verdere gevangenhouding volgens het systeem van art. 75 lid 3 Sv. Getransponeerd naar de terugwijzing door het hof zou dat de mogelijkheid open laten dat de raadkamer van de rechtbank bevoegd zou zijn tot verlenging te beslissen. Dat is niet in het belang van de voortgang van de zaak en niet van de verdachte.<sup>57</sup> In alle gevallen geldt dat het anticipatiegebod van art. 67a lid 3 Sv van toepassing is, met medeneming van de fictieve VI-datum. Niet formeel, maar wel materieel zal daarbij de vóór de vernietiging en terugwijzing opgelegde straf of maatregel prominent meetellen.

Voor de volledigheid volgt hier nog een korte herhaling van stellingen over de voortduring van de detentie op grond van art. 75 lid 8 Sv. In het voorafgaande is gebleken, dat tot aan de dag van de beslissing tot cassatie de fictieve VI-datum, berekend op basis van het arrest van de appelrechter, de grens bepaalt voor de detentie. Na cassatie is de zaak strikt genomen weer open en geldt dat binnen dertig dagen door het verwijzingshof een beslissing genomen moet worden over de voortzetting van de preventieve hechtenis. Dat hof opereert weer onder de vigeur van de leden 3 en 4 van art. 75 Sv, zodat tot de aanvang van het zittingsonderzoek de de fictieve VI-datum van het vonnis in eerste aanleg én het anticipatiegebod van art. 67a lid 3 Sv de grens bepalen. Op dezelfde wijze als in paragraaf 3 beschreven kan actie ondernomen worden om een gevreesde invrijheidstelling van de verdachte te vermijden. Kortweg, het zittingsonderzoek moet dan binnen dertig dagen na de dag van de cassatiebeslissing hervat zijn.

## 6. Slot

In mijn betoog heb ik getracht aan te geven dat de voorlopige hechtenis in appel meer en meer is komen te rusten op de strafoplegging door de rechter in eerste aanleg. In deze ontwikkeling zitten wel een paar breuklijnen en zoals dat op breuklijnen gaat wil het dan nog wel eens schudden. Mijn benadering is geweest om de ingezet- te ontwikkeling inderdaad verder door te trekken door ook in de fase van de appel-

<sup>56</sup> Idem Reijntjes in: Melai/Groenhuijsen, *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.) aant. 10 bij art. 75 (suppl. 149, sept. 2005).

<sup>57</sup> In Hof Amsterdam 20 juli 2001, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2001, 204 neemt men weliswaar de analogie met art. 75 lid 8 Sv aan, maar wordt het onderzoek ter zitting binnen één maand hervat. In Hof Amsterdam 13 juli 2005, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2005, 295 wordt de hier verdedigde analogie met de schorsing aangenomen en art. 282 Sv toegepast.

zitting de fictieve VI-datum als regel aan te nemen. De inbedding van die regel is enigszins complex, doordat getracht is te voorkomen, dat de sanctietoepassing in hoger beroep als zodanig formeel of materieel aan banden gelegd wordt. Verder is bepleit dat de wetgever de voortduring van het voorarrest in het geval van een terugwijzing door het hof naar de rechtbank in de regeling gaat beleggen. In afwachting van de aanpassingen zijn praktische oplossingen aangedragen om eventuele misgrepen in concrete gevallen te voorkomen. Een misgreep zou overigens zowel een te lange als een te korte voortduring van de voorlopige hechtenis in hoger beroep.

In het betoog is ook als *basso continuo* te beluisteren, dat het hoger beroep in strafzaken in essentie zijn tweeledige functie moet behouden. In het grote bouwwerk van ons strafprocesrecht kan niet gemist worden, dat de rechter in hoger beroep zowel de eerste aanleg beoordeelt als ook een eigen oordeel over de juiste afdoening van de zaak geeft. Als we ons volledig gaan concentreren op de uitkomst van de eerste aanleg, zijn we naar mijn inschatting op weg gegaan de straftoemingsvrijheid van de appelrechter aan het plafond van de eerste aanleg te binden. Dat zou een wezenlijke verschraling van de functie van het hoger beroep in strafzaken inhouden, waaraan ik nog niet toe ben en waarvoor in ieder geval een breder opgezet debat vereist is.

In deze bijdrage aan het *liber amicorum* voor Dirk Herman de Jong is het mij gelukt het woord 'grondslag' tot nu toe geen enkele keer te gebruiken. Dat zegt niets over de maat van mijn waardering voor zijn bijdrage aan de wetenschap, inclusief zijn dissertatie. Die waardering is groot en was dat ook al vóór zijn promotie, al was het alleen maar omdat ik als tweedejaars rechtenstudent gefascineerd werd door zijn werkcolleges over grondslagverlating. Hem eren dacht ik het beste te doen door een 'gewoon' juridisch betoog te schrijven over een onderwerp, waarmee hij in zijn hoedanigheid van raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Leeuwarden vast wel eens in aanraking kwam. Zijn visie op de onderhavige materie zie ik dan ook graag tegemoet.

